



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Modulação de Efeitos na Declaração de Inconstitucionalidade
e Integridade Constitucional**

Carlos Frederico Manes Guerreiro

**Rio de Janeiro
2009**

CARLOS FREDERICO MANES GUERREIRO

Modulação de Efeitos na Declaração de Inconstitucionalidade
e Integridade Constitucional

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Néli Fetzner
Prof. Nélon Tavares
Prof^a Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro
2009

MODULAÇÃO DE EFEITOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E INTEGRIDADE CONSTITUCIONAL

Carlos Frederico Manes Guerreiro

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Graduado em Letras (Português e Literatura), pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

RESUMO: A modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade é instituto que, em nome da manutenção da segurança jurídica, pode pôr em risco a supremacia da constituição e, com isso, também afetando a própria segurança jurídica que se queria proteger. O trabalho aborda tais contradições, investigando a viabilidade de estipular critérios para a aplicação daquele instituto jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Princípios. História. Lógica.

SUMÁRIO: Introdução; 2- O imperativo histórico; 2.1 – Apologia de Kelsen; 2.2 – Raízes brasileiras; 3 - O que é um princípio?; 3.1 - Supremacia da Constituição; 3.2 - Segurança jurídica; 4 - A força prospectiva; 4.1- A modulação de efeitos no controle abstrato; 4.2 – um caso emblemático: o município putativo; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A história do mundo ocidental no século XX demonstra que a preservação do Estado Democrático de Direito, vital para a sustentação dos povos, pode ser efetivada de várias formas, que vão da intervenção popular direta, por meio de movimentos de massa, em tempos de crise institucional, até o emprego de determinados instrumentos legais à disposição do

próprio Estado, em períodos de paz. Dentre esses, destaca-se o controle de constitucionalidade das leis.

Embora a introdução de tal mecanismo no sistema jurídico brasileiro tenha ocorrido ainda no alvorecer da República, nos arts. 59 e 60 da Constituição de 1891, que estabeleciam a forma incidental e difusa, de origem americana, e a Constituição de 1934 tenha introduzido um caso de controle por via concentrada, foi somente com a Constituição de 1988, cuja promulgação foi etapa fundamental no lento processo de redemocratização do país, que o controle de constitucionalidade das leis aprofundou-se, por meio da adoção de diversas ações constitucionais e da ampliação das hipóteses de controle concentrado.

Por fim, a Lei 9868/99 ampliou ainda mais as possibilidades do controle de constitucionalidade das leis, na medida em que, em seu art. 27, permitiu ao julgador modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo com que a aplicação automática do efeito *ex tunc* cedesse lugar a uma análise detalhada das circunstâncias fáticas. Tal possibilidade trouxe uma premente questão: pode o princípio da segurança jurídica, conquanto seja um dos pilares da sociedade, contrapor-se à supremacia da Constituição?

Tal indagação parece, à primeira vista, um contra-senso, já que o primeiro princípio aparentemente surge como decorrência do segundo. Lembrando, contudo, que os efeitos oriundos de uma lei declarada inconstitucional também podem estar sob a proteção da Constituição, a questão permanece em suspenso. Há decisões recentes do STF, como no caso do RE 377457/PR, que, sob os auspícios de doutrina germânica, defendem peremptoriamente a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inclusive no exercício do controle difuso.

Por outro lado, a modulação de efeitos tem origem em países com formação histórica e cultural bastante diversa, não guardando nenhuma relação com o constitucionalismo

brasileiro. Além disso, muitas vezes permite a relativização de preceitos constitucionais em nome de interesses meramente políticos.

Assim, o objetivo deste trabalho é, por meio de metodologia qualitativa e bibliográfica, analisar as possibilidades do estabelecimento de critérios de natureza objetiva a fim de que a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade empreendida pelo STF, por via incidental ou direta, ao pôr em relevo o princípio da segurança jurídica, não implique agressões à integridade normativa da Constituição de 1988.

1 – O IMPERATIVO HISTÓRICO

1.1 – APOLOGIA DE HANS KELSEN

Ao longo do século XX, os estudos de Direito foram dominados pelas idéias de Kelsen. Este, na realidade retomando uma concepção já esboçada por Savigny na primeira metade do século XIX, preconizou que os estudos referentes às leis e ao Estado deveriam conduzir-se de acordo com um conjunto de parâmetros estritamente jurídicos, abstraindo-se de quaisquer influências de ordem histórica ou sociológica.

Kelsen, em verdade, agiu de acordo com o *Zeitgeist* (espírito da época), já que o início dos anos 30, quando publicou sua Teoria Pura do Direito, inseria-se numa conjuntura histórica que vira surgir uma série de ciências humanas autônomas, como a Psicanálise e a Lingüística. Cada uma com suas concepções e metodologia peculiares.

A construção de um corpo de conhecimentos jurídicos voltado sobre si mesmo tinha bases no Idealismo alemão, termo genérico que reuniu, no século XIX, uma notável plêiade de artistas e pensadores, indo de Goethe e Novalis a Hegel e Kant, todos com forte influência platônica. Havia na obra de Kelsen, portanto, um perene diálogo com a Filosofia e a História.

Somente uma interpretação mesquinha de suas idéias pode concluir que defendia um afastamento de outras ciências humanas. Embora não o tenha afirmado explicitamente, Kelsen tinha consciência de que a História é, na acepção de Kant, o imperativo categórico *par excellence* (1996).

Assim, a fim de que se tenha uma compreensão mais profunda não apenas da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade e de suas conseqüências, mas de qualquer instituto jurídico, é imperioso que se verifique, de início, suas origens na ordem jurídica brasileira.

1.2 – RAÍZES BRASILEIRAS

Embora a emblemática lide *Marbury v. Madison* já tivesse sido concluída em 1803, nos Estados Unidos, a Constituição brasileira de 1824 não sofreu maiores influências, não prevendo nenhuma hipótese de controle de constitucionalidade. Isto se deveu não apenas pelo fato de imperar, à época, o dogma da soberania do Parlamento, mas também pela existência do Poder Moderador, conjunto de prerrogativas exclusivas do imperador que lhe possibilitava o exercício de coordenação dos demais Poderes, evitando que qualquer deles se sobressaísse aos demais. Apenas o imperador poderia colocar-se em posição de proeminência, o que levaria Joaquim Nabuco (1997) a afirmar que, para um político brasileiro, seguir a vontade do imperador é seguir a vontade da nação; contrariá-lo é agir contra o país, e dar fim à própria carreira.

As constituições subseqüentes, republicanas, lentamente instaurariam processos de controle de constitucionalidade, começando pela de 1891, sob a égide do Positivismo de Augusto Comte (1978), e já com alguma influência norte-americana. Foi a Constituição que inaugurou, na ordem jurídica brasileira, o controle difuso de constitucionalidade, providência

que se fazia necessária, como representação da nova ordem estatal federativa e para salvaguardar a unidade desta mesma ordem, face os consideráveis focos de descontentamento, como os episódios de Canudos e do Contestado.

Dentre as constituições que se seguiram destacam-se duas, por terem sido parte de processos de redemocratização: a de 1946, que se seguiu a uma ditadura civil, e a de 1988, que se seguiu a uma ditadura militar. A primeira introduziu a ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, e a segunda acrescentou uma série de ações constitucionais, a fim de ampliar os meios para o exercício do controle concentrado: ação de inconstitucionalidade por omissão (ADIO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e, por fim, a arguição por descumprimento de preceito fundamental (ADPF), todas de competência originária do STF, assim como a denominada ação interventiva. No âmbito estadual, previu a Constituição de 1988 a representação por inconstitucionalidade, de competência originária dos Tribunais de Justiça dos estados.

Em *Raízes do Brasil* (1995), um dos livros fundamentais da historiografia brasileira, Sérgio Buarque de Hollanda, ao fazer um aprofundado estudo da formação do país, chama a atenção para um fato com consideráveis conseqüências jurídicas: a feição aristocrática nas origens da conformação psicológica do povo brasileiro.

Todo cidadão de um Estado Democrático de Direito tem direitos e deveres. Ao mesmo tempo em que a ordem jurídica autoriza-lhe a ação, esta não é ilimitada, na medida em que todos os cidadãos detêm o direito de agir em sociedade. No entanto, um ego de compleição aristocrática recusa-se, peremptoriamente, à imposição de limites de qualquer natureza. Em verdade, não deseja ser cidadão, mas, simplesmente, sujeito, com um raio de ação ilimitado. Ser cidadão implica, pois, abrir mão de uma parcela da própria liberdade, da própria personalidade, a fim de que a sociedade progrida como um todo, orgânico e fluente, com tendência à despersonalização. Em terras brasileiras, contudo, tal forma de ser e de agir

sempre se deparou com enormes resistências, e ainda hoje parece encontrar formas de sobrevivência, como no recente episódio em que, frente à cognominada “lei seca”, alguns motoristas impetraram habeas corpus preventivo, logrando obter salvo-condutos. Em última análise, queriam manter inatacado um suposto direito de dirigirem mesmo após excessiva ingestão alcoólica, comprometendo a segurança da vida de terceiros.

Tal sobreposição do interesse individual ao coletivo encontra sua mais perfeita formulação no dito popular, que de quando em quando ainda pode ser ouvido: “aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”.

Resta saber até que ponto tal relativismo, que atinge as leis e mesmo simples normas sociais de convivência, pode macular a própria Constituição. Quanto à modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade, seria uma forma de se resguardar a integridade constitucional, ou um subterfúgio utilizado para se assegurar a incolumidade de interesses puramente individuais, ou mesmo oligárquicos?

Pode-se argumentar, em defesa da modulação de efeitos, que se trata de técnica germânica, expressamente prevista no § 31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, não sendo, portanto, criação brasileira, com alguma finalidade política espúria pré-estabelecida. No entanto, justamente no fato de ser concepção estrangeira é que reside o problema, numa interessante questão de antropologia jurídica.

A Alemanha teve uma formação política bastante conturbada. Realizando sua unificação apenas em 1871, a partir de pequenos reinos germânicos autônomos, à sombra do militarismo prussiano, da aristocracia *Junker* e da dinastia Hohenzollern. Daí ter-se formado uma sociedade inteira na qual viceja, ainda hoje, verdadeira obsessão pelo Estado de Direito. Quaisquer normas, por menores que sejam, devem ser cumpridas à risca. Numa sociedade com tal conformação, parece razoável, até mesmo natural, que determinados mecanismos jurídicos sejam criados com o intuito de aparar as arestas de tamanha rigidez.. Nessa ordem

de coisas, a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade faz total sentido, assim como o conhecido princípio da insignificância, referente ao universo do Direito Penal, desenvolvido por Claus Roxin (Bithencourt, 2009) após a Segunda Grande Guerra.

Nos anos setenta, o governo etíope convidou René David (Rouland, 2008), grande estudioso de Direito comparado, a elaborar um projeto de código civil. Movido por aquele entusiasmo normatizador apegado a abstrações, tão peculiar aos juristas, David buscou elaborar um projeto privilegiando aspectos econômicos, deixando de lado seculares costumes etíopes, pois acreditava que esses eram entraves ao progresso. O resultado final é que o código civil etíope jamais foi aplicado em sua inteireza. A ignorância diante das diferenças culturais é erro comum na história moderna, e no caso brasileiro tem-se traduzido por uma constante importação de institutos jurídicos, sem que se atente para as suas reais chances de efetividade. No caso da aplicação da modulação de efeitos no sistema jurídico brasileiro, ocorre o mesmo estranhamento.

A apropriação e posterior aplicação da modulação de efeitos, portanto, deve ser realizada pelo Poder Judiciário brasileiro de forma restritiva, visto não ter nenhuma relação com a história do país, nem com a psicologia do povo brasileiro.

3 – O IMPERATIVO LÓGICO

3.1 – O QUE É UM PRINCÍPIO?

Muito se tem discutido a respeito de princípios. Percorrendo todos os ramos do Direito, sua correta aplicação é fundamental para a preservação do equilíbrio do sistema jurídico como um todo. Conseqüentemente, compreender a extensão dos princípios significa ampliar as chances de preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que, de certa forma, há uma revolução surda em andamento, na medida em que o caráter normativo dos princípios, notadamente aqueles com previsão constitucional, adquire tamanha força que parece sobrepujar a aplicabilidade das leis, *lato sensu*.

Há, no entanto, relativa confusão no que se refere à abordagem dos princípios. Embora não se possa pôr em dúvida a natureza principiológica da supremacia da Constituição, permanece a dúvida quanto ao que a torna um princípio. Quando se fala em razoabilidade, ou mesmo segurança jurídica a dubiedade parece ainda mais acirrada, no que se refere aos critérios utilizados para se estabelecer com segurança as características dos princípios.

Quando o STF opta por modular os efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, em verdade está pondo em relevo a segurança jurídica, em detrimento da supremacia constitucional. A dúvida surge no tocante ao aspecto valorativo de ambos. Pode-se afirmar que a supremacia constitucional e a segurança jurídica estão no mesmo patamar, ou se trata de espécies normativas diversas?

Robert Alexy (2008) afirma que a dogmática jurídica apresenta-se em três dimensões: analítica, na qual são discutidos conceitos fundamentais de Direito, como o contraditório e a distinção entre direito objetivo e subjetivo; a empírica, na qual faz-se um exame de cognição do direito positivo válido em determinadas coordenadas de tempo e espaço; por fim, a dimensão normativa, a qual diz respeito à elucidação de problemas concretos. Vê-se, portanto, que o esclarecimento conceitual dos princípios é imprescindível, pois como pilares de um sistema jurídico, servirão de parâmetro para que se possa avaliar o direito positivo, a fim de que se possam resolver situações fáticas.

Provavelmente, a melhor conceituação de princípio, de caráter simultaneamente heurístico e teleológico, foi levada a efeito pelo prof. Humberto Ávila (2006), em seu pequeno tratado Teoria dos Princípios. Na busca de clareza epistemológica no tocante à natureza e às

características dos princípios, Ávila também distinguiu duas outras espécies dentro do mesmo gênero: a regra e o postulado normativo aplicativo.

Princípio é, pois, uma norma finalística, que estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, diante da qual o aplicador da norma jurídica deve selecionar a regra mais adequada. Já a regra não tem conteúdo teleológico, pelo menos diretamente, mas preconiza a adoção de determinadas condutas, a fim de que sejam atingidos os fins almejados pelos princípios. Pode-se dizer, assim, que os princípios, de forma imediata, promovem um estado ideal e, de forma mediata, prevêm a conduta necessária para tanto, ao passo que as regras, de forma imediata, estatuem condutas, enquanto que, de forma mediata, zelam pela manutenção da fidelidade aos princípios.

Por fim, os postulados normativos aplicativos não prevêm fins nem descrevem condutas, mas compõem uma metodologia da qual se vale o aplicador de Direito no caso de haver colisão entre princípios, entre regras, ou entre princípios e regras, com o intuito de que se determine qual princípio, ou qual regra, deverá prevalecer.

Não se admite, portanto, que haja confronto entre um princípio e um postulado normativo aplicativo, pois a utilização de ambos é bastante diversa. Caso contrário, haveria incongruência no que diz respeito aos critérios de distinção entre uma e outra espécie. Tampouco se pode admitir que, em função das circunstâncias, um enunciado seja ora princípio, ora regra, ou ainda postulado normativo aplicativo. Ávila, contudo, não pensa dessa forma e, em certos casos, admite que as espécies normativas tenham caráter intercambiável. No entanto, admitir como premissa uma natureza variável dos enunciados implica a formação de um sistema hermenêutico da norma jurídica bastante complexo, que pode eventualmente levar a insolúveis contradições. Assim, em nome de uma clareza epistemológica, e da obediência ao princípio lógico da não-contradição, neste trabalho não se admitirá tal abordagem.

3.2 – SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Os princípios, contudo, não têm todos a mesma função no interior da ordem jurídica. Dizer que detêm caráter teleológico não implica afirmar que os fins aos quais objetivam informam todo o sistema jurídico. O princípio da moralidade administrativa, por exemplo, com expressa previsão no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, não se dirige às relações de direito privado. Para tanto, há outros princípios, como os da função social da propriedade, e da boa-fé nos contratos.

Há, contudo, princípios cuja presença se faz em todo o ordenamento jurídico, notadamente aqueles previstos no art. 1º da Constituição de 1988. Assim, toda a legislação infraconstitucional, bem como todo entendimento jurisprudencial devem convergir no sentido de dar proteção e efetividade a tais princípios.

O elemento nuclear do Direito, cuja orientação é dada pelos princípios, é a relação jurídica. Essa pode dar-se entre cidadãos (incluindo-se, aqui, as pessoas jurídicas de direito privado), entre Estados, ou entre cidadão e Estado.

Alexy (2008), buscando uma representação simbólica para o direito a algo, consequentemente para a relação jurídica, chegou à fórmula:

RabD

onde *R* representa uma relação jurídica, *a* o portador do direito, *b* o destinatário e *D* o objeto do direito. Apesar do rigor com que foi elaborada, tal construção é obviamente arbitrária. Partindo-se da construção de Alexy, pode-se também chegar a outra formulação lógica, por meio do sinal \leftrightarrow (se e somente se) e do quantificador existencial \exists (existe algum):

$\exists R \leftrightarrow abD$ (pode haver relação jurídica se e somente se *a* tem, em face de *b*, direito a *D*)

No entanto, uma mais rigorosa representação lógico-simbólica para a relação jurídica seria uma sentença tradicional, utilizando-se o quantificador universal \forall (para todo; em todo):

$\forall x P(x)$ (em toda relação jurídica x , há uma situação P , na qual a tem, em face de b , um direito a D)

A despeito de qualquer formulação que possa vir a ter, contudo, tais relações jurídicas não existem por si mesmas, mas necessitam de leis que lhes dêem legitimidade. Essas, por seu turno, também não têm uma existência independente, mas compõem um arcabouço legal cujo suporte está, em última análise, na Constituição. É correto afirmar, portanto, que toda e qualquer relação jurídica que ocorre em um Estado tem por sustentáculo a sua Constituição. Essa exerce, assim, legítima supremacia sobre todo o ordenamento jurídico. Claro que, para tanto, é preciso que se tenha como premissa que o Estado seja, verdadeiramente, Democrático de Direito, sem que esteja a serviço de governos autoritários, a fim de que sejam preservados os direitos fundamentais.

O princípio da supremacia constitucional, assim, atinge também outros princípios, configurando verdadeiro sobreprincípio. Nada no ordenamento jurídico pode ser-lhe oposto, sob pena de todo o sistema tornar-se instável.

3.3 – SEGURANÇA JURÍDICA

Muito se tem dito a respeito da segurança jurídica, sem no entanto que haja sido elucidada a sua natureza. Não se pode afirmar que seja imanente a um dado sistema jurídico, pois em termos hipotéticos é perfeitamente possível que se conceba um sistema jurídico no qual a produção legislativa esteja contaminada por tamanhas contradições, que a segurança jurídica jamais se faça presente.

O ministro Eros Grau, em seu voto na ADIn 3685-8, afirma que a segurança jurídica constitui uma exigência para o bom funcionamento do moderno capitalismo liberal, pois este necessita de que as leis e as instituições públicas ofereçam um panorama de estabilidade e de previsibilidade dentro do qual processos industriais e comerciais possam ocorrer sem interrupções. A ministra Ellen Gracie, por sua vez, manifestando-se na mesma ADIn 3685-8, fez uma associação entre segurança jurídica e os direitos fundamentais elencados no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988. Conquanto tais argumentações esclareçam algo a respeito dos fins a que se destina a segurança jurídica, nada dizem com relação a sua natureza enquanto espécie normativa.

Quando se fala em segurança jurídica, na verdade busca-se dar proteção a outros princípios, como os da boa-fé, da proteção da confiança, ou mesmo os direitos fundamentais da preservação da vida e da liberdade.

Regimes de governo autocráticos, nos quais o contraditório e mesmo os direitos fundamentais à vida e à liberdade estejam mitigados, também almejam segurança jurídica, evidentemente não como modo de distribuição de justiça social, mas como uma forma de eternização do poder.

Mesmo em estados democráticos de direito, não pode a segurança jurídica ser considerada princípio; não tendo força coercitiva no sentido da imposição de determinados fins, enquadra-se melhor como um modo de raciocínio e de argumentação, a fim de dirimir dúvidas no tocante à incidência de regras e princípios diversos sobre uma mesma situação fática. A segurança jurídica, portanto, indica um caminho que deve ser trilhado para que se atinjam os fins preconizados pela Constituição. Seu uso não ocorre de forma individualizada, mas sempre em concorrência com regras e princípios. Não se trata, portanto, de princípio, e muito menos de sobreprincípio, mas de postulado normativo aplicativo.

4 – A FORÇA PROSPECTIVA

4.1 – A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Lei 9868/99, como já foi visto, introduziu no já confuso panorama legislativo brasileiro a possibilidade de o STF, no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, estipular, de acordo com as necessidades impostas pelas situações de fato, efeito *ex nunc* (prospectivo), com a finalidade de salvaguardar uma suposta segurança jurídica. Essa, como demonstrado, na qualidade de mero postulado normativo aplicativo, não pode ser oposta a princípios. Logo, não pode sobrepujar a força normativa da Constituição.

Outra crítica que se pode fazer diz respeito à violação de outro princípio, com previsão constitucional e de grande relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito: a separação dos poderes. O ministro do STF, ao conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, na verdade termina por validar uma lei que, em tese, é inválida, incapaz de gerar efeitos válidos. Portanto, ao lançá-la ao mundo jurídico como texto normativo de hierarquia constitucional, equipara-se à função típica de legislador. Sabe-se, contudo, que a prerrogativa constitucional de inovar no mundo legislativo pertence ao Poder Legislativo. Falta ao Poder Judiciário o caráter representativo, oriundo das eleições, para legitimá-lo enquanto produtor de leis.

Ao contrário do que possa parecer, não há consenso entre os autores. Luiz Roberto Barroso (2007) aparentemente não vê problema algum na modulação de efeitos, encarando tal procedimento como já incorporado ao direito brasileiro. Ives Gandra Martins (2001), no entanto, afirma que, em se tratando de Direito Tributário, a possibilidade de o STF flexibilizar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade confere ao Estado a oportunidade de

permanecer com arrecadações ilegítimas, em franca violação ao Estado de Direito. Levando em consideração a volúpia arrecadatória do Estado, como tem ocorrido desde o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, e que muitas vezes as decisões do STF são calcadas em orientações estritamente políticas, sua ilação não é desprovida de razão.

Por seu turno, Lênio Streck (2002) pensa no aspecto político da situação, questionando o imenso poder de que passa a desfrutar o STF, na medida em que coloca a própria eficácia da Constituição a seu dispor. As reflexões de Streck levam a um curioso desdobramento. Na época moderna, após a Revolução Francesa, o século XIX assistiu a um fortalecimento sem precedentes do Poder Legislativo. O século XX, por seu turno, polvilhado de regimes ditatoriais, autocráticos, presenciou um recrudescimento do Poder Executivo enquanto detentor de todo o poder. No século XXI, com uma crescente judicialização não só do Estado, mas da própria noção de justiça, e com a criação de diversas cortes internacionais com o intuito de dirimir conflitos entre Estados, estaremos adentrando em um período no qual o Poder Judiciário tenha ascendência sobre os demais?

Por outro lado, pode haver casos em que a flexibilização de efeitos não implica a completa resolução de uma situação inconstitucional. Casos em que seja mesmo imprescindível. Basta pensar em uma situação hipotética na qual milhares de contratos de direito privado tenham sido celebrados ao longo dos anos. Um dia, entretanto, o STF declara que a lei que autorizava tais contratos é inconstitucional. Nesse caso, a eficácia prospectiva se faria necessária, pois ainda que se conferisse eficácia retrospectiva, os efeitos causados pela celebração de tantos contratos jamais poderiam ser totalmente eliminados do mundo jurídico e do mundo dos fatos.

4.2 – UM CASO EMBLEMÁTICO: O MUNICÍPIO PUTATIVO

Um dos casos mais significativos da atuação do STF nos últimos anos, ao aplicar a eficácia prospectiva na declaração de inconstitucionalidade, certamente ocorreu no julgamento da ADIn 2240-7, proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra a lei 7619/00, do Estado da Bahia, a qual, a partir do desmembramento de um distrito do município de Barreiras, criou o município de Luís Eduardo Magalhães.

A princípio, como o país é regido pelo princípio federativo, uma das conquistas republicanas que buscou dar fim ao longo histórico de centralização de poder vigente no período monárquico, não haveria nenhum problema. Além do mais, a extensão territorial do país e a ampla diversidade cultural daí advinda, na verdade requerem, de quando em quando, a divisão em entidades federativas menores, a fim de se viabilizar uma administração mais próxima dos anseios populares.

Entretanto, o artigo 18, § 4º, da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quando preconiza a preexistência de lei complementar disciplinando a criação de novo município. Tal exigência não é descabida, pois como o país é uma Federação, atos como criação ou fusão de entidades federativas sem cumprimento de exigências legais e constitucionais podem trazer conseqüências nefastas, não apenas de um ponto de vista jurídico, mas também econômico e político. Estados e municípios não podem ser criados a bel-prazer de governantes.

Entretanto, o novo município foi criado, e somente após seis anos de existência irregular o Partido dos Trabalhadores propôs a ação declaratória de inconstitucionalidade, com intuito de anular o ato de criação, mediante a declaração de inconstitucionalidade da lei que lhe deu origem.

Antes de abordar a questão de um ponto de vista propriamente jurídico, é preciso recordar que o município em questão homenageia o então deputado federal Luís Eduardo Magalhães, filho do senador Antônio Carlos Magalhães, àquela altura um dos líderes do PFL (Partido da Frente Liberal, atual DEM - Democratas), partido ideologicamente situado à

direita, oriundo do PDS (Partido Democrata-Social), que por sua vez derivara da antiga ARENA (Aliança Renovadora Nacional), partido de situação durante a ditadura militar. Tal legenda, por seu turno, vinha da antiga UDN (União Democrática Nacional), partido conservador, que congregava a velha aristocracia rural, com ferrenha oposição ao governo de Getúlio Vargas.

Tal aristocracia deita raízes fundas na história brasileira, remontando à colonização portuguesa nos séculos XVI e XVII, baseada na distribuição de terras sob a forma de capitâneas e sesmarias. Vê-se, portanto, que a criação do município sem observância das normas constitucionais, bem como a própria escolha de seu nome, têm um valor simbólico que guarda um inquebrantável elo com o passado colonial e rural. Essa constatação, por si só, já seria suficiente para que a atual ordem jurídica brasileira, em última instância sob a guarda do STF, repudiasse aquele ato. Há contudo, razões jurídicas igualmente fortes para fazê-lo.

O ministro Eros Grau, relator da ADIn 2240, pronunciou-se no sentido de que a criação do novo município ocorrera em função de uma decisão política, a qual teria gerado irreversível situação fática. A declaração de inconstitucionalidade da lei com eficácia *ex tunc*, portanto, traria grandes prejuízos, com ofensa aos princípios da segurança jurídica e da continuidade do Estado.

Para sustentar seu ponto de vista, Eros Grau afirma em seu voto que a lei orgânica do município em questão já havia sido criada, e mais de duzentas leis municipais já haviam sido sancionadas ao tempo da propositura da ação declaratória de inconstitucionalidade, sem falar na arrecadação tributária que já havia sido realizada. Em seguida, explicita uma série de detalhes estatísticos, para ilustrar a evolução na quantidade de veículos, de alunos matriculados e de eleitores. Trata-se, em verdade, de argumentos falaciosos, visto que não afastam a inconstitucionalidade da lei que criou o município, mas simplesmente enumeram

dados concretos que supostamente autorizariam a permanência do município na Federação brasileira.

Ao contrário do voto de Eros Grau, viu-se que a segurança jurídica não é princípio, mas postulado normativo aplicativo. Logo, não pode ser oposta ao sobreprincípio da supremacia da constituição.

O ministro mencionou também o princípio da continuidade do Estado. Este é, verdadeiramente, um princípio. Contudo, não houve violação de tal princípio. Caso a declaração de inconstitucionalidade tivesse efeitos retrospectivos, o município deixaria de existir, e os cidadãos simplesmente voltariam a estar domiciliados no município de Barreiras. Não teria havido, portanto, uma “descontinuidade” em qualquer prestação estatal. Quanto aos funcionários públicos pertencentes aos quadros do novo município, seriam devidamente incorporados ao município anterior, sem prejuízo algum. Trata-se de situação bastante semelhante a que ocorreu em 1975, com a fusão dos estados da Guanabara e do Rio de Janeiro. Não houve qualquer violação ao princípio da continuidade do Estado, nem prejuízo aos cidadãos de ambos os estados.

Além do mais, conforme já salientou Ives Gandra Martins (2001), dar eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade neste caso significa conferir legalidade a tributos municipais cobrados sem base constitucional.

Por fim, Eros Grau, ainda em seu voto como relator da ADIn 2240, utilizou a estranha nomenclatura de “município putativo”, a fim de nomear a situação, em analogia com o já conhecido casamento putativo. Salientou, no entanto, que o casamento putativo pode ser anulado, ao contrário do município, devido ao que chamou de “reserva do impossível”. A reserva do possível refere-se à conveniência de o Estado, diante da infinita gama de necessidades sociais, e dos limitados recursos para satisfazê-las, opte por determinadas

políticas públicas. Não fica claro, no entanto, o conceito que o ministro pretende lançar, *a contrario sensu*, para sustentar seu ponto de vista.

4.3 – POR UMA ANÁLISE VALORATIVA

O caso do município putativo é um claro exemplo em que o STF não poderia ter dado eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade. A indagação que persiste, no entanto, é se o STF pode, em qualquer caso, dar eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, ou se a própria Constituição impõe limites a tal recurso.

Ninguém põe em dúvida a significação do sobreprincípio da supremacia constitucional. No entanto, como já foi esclarecido, para que tal supremacia se justifique, deve-se ter como premissa de que se está diante de um Estado Democrático de Direito. Isso demonstra que há uma categoria de direitos que não pode sofrer mitigação nem mesmo pela norma constitucional, a não ser em ocasiões excepcionalíssimas.

Trata-se dos direitos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana. O direito à vida é tão importante, representando uma conquista da era moderna, que a única ocasião em que a Constituição de 1988 o excepciona é em casos de guerra declarada. Caso um dos direitos fundamentais estiver sob ameaça, por meio de edição de alguma lei ou ato normativo, o STF, ao declarar-lhe a inconstitucionalidade, inclusive em sede de controle difuso, não poderá minimizar os efeitos, que deverão necessariamente ter eficácia retrospectiva (*ex tunc*).

Alexy (2008), ao estudar os aspectos lógicos e estruturais dos direitos fundamentais, e referindo-se ao modelo proposto por Eike von Hippel, confere-lhes tamanha amplitude que afirma haver uma identidade entre eles e os princípios. Há mesmo um postulado normativo

aplicativo, usualmente confundido com princípio, cuja utilização é bastante comum quando se quer salvaguardar direitos fundamentais: a vedação do retrocesso.

Assim, é possível chegar a pelo menos dois critérios que devem ser observados por ocasião da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade: primeiro, não poderá haver ofensa a direito fundamental; segundo, não poderá haver violação de norma federal de Direito Público. Diante dessa, o interesse particular necessariamente deverá ceder. A proteção dada às normas federais de direito público deve-se simplesmente ao fato de o controle de constitucionalidade efetuado pela corte constitucional brasileira restringir-se a leis federais.

Um terceiro critério também deverá ser levado em conta, a fim de que o STF não termine por favorecer situações espúrias: a eficácia prospectiva não poderá legitimar atos ilícitos.

C ONCLUSÃO

A modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade, conquanto permitida pela Lei 9868/99, choca-se com o princípio da supremacia da constituição, e pode servir de pretexto para a preservação de situações jurídica e politicamente insustentáveis, na medida em que pode, em detrimento do próprio comando constitucional, privilegiar situações fáticas engendradas de forma espúria.

A segurança jurídica, não sendo princípio, não pode ser contraposta ao princípio da supremacia constitucional.

Em verdade, corre-se o risco de que determinados grupos oligárquicos engendrem determinadas situações sabidamente inconstitucionais. Apostando, contudo, na demora da propositura de uma ação declaratória de inconstitucionalidade e de seu julgamento, a situação

fática, a despeito de sua inconstitucionalidade, se consolidará, e o STF, mais uma vez relativizando a supremacia das normas constitucionais, chancelará a irregularidade.

O Brasil tem inúmeros problemas sociais, dos quais decorrem infindáveis questões de ordem jurídica. Para resolver tais questões, podem-se aplicar determinadas soluções encontradas por outros povos, como a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade, mas é imprescindível que juristas e legisladores brasileiros pensem em soluções adequadas à história e ao perfil psicológico do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITHENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume 1*. 14 ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n 377457/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 19 de dezembro de 2008.

BRASIL. Lei 9868/95, de 10 de novembro de 1999.

COMTE, Auguste. *Coleção Os Pensadores*. 2 ed. São Paulo. Abril Cultural, 1978.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. São Paulo. Martins Fontes, 1996

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à lei 9868 de 10-11-1999*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. 5 ed.. Rio de Janeiro, 1997.

ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. 1 ed. São Paulo. Martins Fontes, 2008.

STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.